die Nothwendigkeit einer bona fides bei rein persönlichen Klagen ohne Besitz, war nie ein Streit und konnte keiner entstehen.

Daß die Synode die Beziehung der bona fides auf den Besitz nicht aus den Augen verlor, läßt sich außerdem auch aus dem äußeren Umstande erkennen, daß in den Concilienacten der fragliche Canon mit den Canonen über den Besitz zusammengestellt ist. Can. 39 handelt nämlich: De restitutione danda contra *possessorem.* Can. 40 De vera *possessione.* Can. 41. De continuatione *bonae fidei* in omni praescriptione.

Dadurch, daß die Entstehungsgeschichte dieses Canon einen Beitrag zur Lösung jener uralten Controverse gibt, hat dieselbe also auch ein practisches Interesse, und hierdurch mag sich die Aufnahme dieser Abhandlung in die gegenwärtige, vorzüglich dem practischen Rechtsleben zugewendete Zeitschrift rechtfertigen.

III.

Ueber das Verbot der Veräußerung streitiger Sachen und Forderungen und dessen Umgestaltung im heutigen Rechte.

Von

Dr. **Zimmermann,**
Hofgerichtsrath in Gießen.

(Schluß des Aufsatzes Nr. XIII. im vorigen Band.)

§. 2.

II. Canonisches Recht.

In dem canonischen Rechte wurde an den Bestimmungen des römischen Rechtes nichts geändert. Die beiden cap. 3. u. 4. X ut lit. pendente nihil innovetur (II, 16), welche hierher gehören, sind in ihrem vollständigen Zusammenhange restituirt in cap. 10 X de constitut. (I, 2)

und rühren her von Innocenz III. aus dem Jahre 1199. Eine Kirche hatte eine Eigenthumsklage gegen J. de Alleja wegen gewisser Grundbesitzungen erhoben.[51]) Der Beklagte hatte während des Prozesses den Besitz des Streitgegenstandes auf ein Kloster übertragen, von welchem er jedoch der klagenden Kirche durch den Richter wieder zugewiesen wurde auf den Grund eines Statutes, welches gebot, daß dem Kläger der Besitz eingeräumt werden solle, wenn der Beklagte während des Prozesses den Besitz auf einen Andern übertragen hätte. Nachdem nun die Kirche eine Zeit lang den Besitz ruhig ausgeübt hatte, wurde sie desselben jedoch wieder zu Gunsten des Klosters entsetzt und deßhalb das Kloster angehalten, die Grundstücke vor Allem zu restituiren, und da dasselbe die Restitution nicht sofort zu bewirken vermochte, weil es den Pachter derselben nicht vertreiben konnte, Grundstücke von gleicher Beschaffenheit an deren Stelle zu übergeben. Da aber später alle ergangenen Verfügungen für ungültig erklärt wurden, weil den Laien überhaupt keine Gewalt über Kirchen und der Kirche angehörigen Personen zustehe, selbst wenn zu deren Vortheil gehandelt worden wäre, so wurde ausgesprochen, daß der Besitz, welcher dem Kloster ursprünglich ohne Gehör und Beweis entzogen worden, diesem wieder zurückgestellt werden solle, übrigens dem letzteren verboten sei, die Grundstücke, welche an die Stelle der ursprünglich von der Kirche in Anspruch genommenen getreten seien, zu veräußern, ut, si ecclesia S. M. de vitio litigiosi contractus, vel de proprietate voluerit experiri, n e, si obtinuerit in judicio, i n v a n u m l a b o r e t, monasterio vestro minime possidente, sit, quod evincere valeat et habere. Daß hierbei der Pabst Innocenz nur die Bestim-

51) c. 10. cit. verb. possidens rem petitam — si quis post litem contestatam rem a se petitam transferret in alium, daretur possessio petitori — donec de proprietate fundi cognosceretur. — Cap. 3. cit. verb.: ne possessiones, quas petierat, — vel de proprietate voluerit experiri.

mungen Justinians wiederholen wollte, ergibt sich aus dem Vorbringen des Klosters, welches sich darauf berief, daß das erwähnte Statut juri civili esset adversum, quod aliam poenam litigiosas res transferentibus statuit imponendam und sodann die c. 4 C. de litigiosis referirte. Der Pabst gebrauchte darauf, ebenso wie Justinian, den Ausdruck vitio litigiosi contractus und entschied zu Gunsten des Klosters. Aus dem Vorbringen der Kirche ergiebt sich auch, daß der frühere Ausspruch des Pabstes Gelasius II (1118) in cap. ult. C. XI. q. 1:

Quia res in litigio posita in nullam transferri potest omnino personam, donec legitimae cognitionis eventu, cui potius debeatur, judiciaria disceptatione possit agnosci etc.

als mit dem römischen Rechte übereinstimmend betrachtet wurde, indem gesagt wird:

cum etiam in jure canonico caveatur, quod res in litigio posita non sit in personam aliam transferanda,

und es ist unrichtig, wenn man etwa aus dem Worte „debeatur" auf die Entscheidung in Folge einer persönlichen Klage schließen wollte.

Es ist ferner unrichtig, wenn man aus c. 4. cit. folgern will, daß nach canonischem Rechte eine Erweiterung des Begriffes der res litigiosa auf die Gegenstände der possessorischen Klagen herbeigeführt worden sei.[52]) Denn es ist in diesem cap. 4. nicht die Rede von einer Spolienklage und der Veräußerung der mit dieser Kläge in Anspruch genommenen Sache während des Spolienprozesses, sondern nur davon, daß vor Allem der Spoliirte restituirt werden müsse, und wenn dieß auch nur durch eine, an die Stelle der spoliirten getretene Sache, geschehen sollte. Das cap. 4. gehört daher eigentlich gar nicht in den Titel, in welchem es steht, und dieser Platz erklärt sich nur daraus, daß es mit dem cap. 3. ein Bruchstück aus einem größeren Abschnitte bildet.

52) Bayer a. a. O. S. 316.

§. 3.

III. Deutsche Reichsgesetze.

In den Reichsgesetzen kommt der Ausdruck: res litigiosa zwar nur gelegentlich vor, allein doch in einem solchen Zusammenhange, daß sich daraus entnehmen läßt, man habe auch da eine res litigiosa angenommen, wenn nicht das volle Eigenthum, sondern daraus abgelößte Nutzungsrechte den Gegenstand des Streites bildeten, wobei dann die Sache selbst, an welcher die Gerechtigkeit haftete, als res litigiosa ebenfalls galt.

Wenn eine Pfändung vorgenommen worden war, welche im Allgemeinen als unerlaubte Selbsthülfe betrachtet wurde, dann wurden ohne weiteres mandata sine clausula auf Rückgabe der abgepfändeten Sachen ertheilt. Vorausgesetzt wurde aber hierbei, daß die gepfändete Sache res tertia, und nicht selbst litigiosa sei. Auch darüber entstand Streit, welcher im Reichsdeputations-Abschiede von 1600 §. 36 ff. entschieden wurde, wo es heißt:

„Weiter ist auch in unserm Kais. Kammergericht etwas zweifentlich vorgefallen, was in der Constitution von Pfandungen eigentlich pro re tertia vel innocente zu halten, darauf mandata sine clausula erkannt mögen werden; über welches eine geraume Zeit hero Ungleichheit befunden worden, fürnehmlich in nachgesetzten Fällen: Als da eine Gerechtigkeit Jagens und Fischens streitig, und einem das gefangene Wildpret oder Fisch abgenommen wären, ob solches nicht pro re tertia et innocenti zu achten, dieweil es anders nichts, als Nutzung und quasi pars derselben Gerechtigkeit, durch dessen Abführung oder Pfändung die Gerechtigkeit selbsten geschmälert und geringert wird, dafür vermuthet wollen werden, zwischen diesen und andern fructibus, als ligno, foeno, frumento, glande etc. nicht so groß Unterscheid zu machen: Zu dessen Ausschlag und endlicher Vergleichung haben wir neben gemeinen Rechtsständen dahin geschlossen, daß künftiglich in Erkennung der Mandat obgesetzte abgepfändete Wildpret,

Fisch u. s. w. pro re tertia et pignoratione und nicht pro fructu seu parte rei litigiosae, als die durch die Abführung oder Pfändung in des Pfänders Hand kommen, zu halten und derenthalben mandata sine clausula zu erkennen seien.

§. 37. Da aber die Gerechtigkeit der forstlichen Obrigkeit, oder Geäckerts streitig und einem das aufgelesen Wildobs oder Eicheln abgenommen, wird solches pro re ipsa und nicht tertia geachtet: derentwegen mandata auf die Constitution der Pfändung nicht erkannt, denn solches quasi pars fundi et rei ipsius contraversae ist: Wie es dann auch mit Heu, Holz und andern fructibus naturalibus et ex fundo ipso prognatis gehalten wird: In solchem aber gleichwohl auch dieser Unterschied zu machen, und in Achtung zu nehmen, ob die angenommene Frucht eigentlich die Nutzungen des controversi juris ipsius oder jenes andere juris separati seien, also, da der Beholzung halben, Eicheln; Schatzungs halben, Getraid: Zehendens Gerechtigkeit halben die unabgesonderte oder unausgesetzte Frucht abgenommen, dann dießfalls es nicht unbillich pro pignoratione zu achten", [53]) u. s. w.

Diese Bestimmungen wurden wiederholt im Concept der Kr. G. O. Th. II. tit. 23. §. 8 fgg.

Die Gegenstände einer Gerechtigkeit, z. B. des Beholzungsrechtes, wurden demnach mit dem Grund und Boden identificirt, die Sache selbst erschien als res litigiosa, sobald über die Gerechtigkeit Streit entstanden war. Gleichzeitige Kameralschriftsteller nahmen auch in der That an, daß bei Anstellung der actio confessoria, namentlich zur Durchsetzung des usufructus, die Sache selbst, an welcher der usufructus stattfinden solle, zur res litigiosa werbe. [54])

---

53) s. Emminghaus, Corpus juris Germanici Th. II. S. 156. 157. Gerstlacher, Handbuch der teutschen Reichsgesetze Th. X. S. 2407 fgg. Blum, processus Camer. tit. 32 nr. 40.

54) Mynsinger, Observationum Centuriae VI. 1615. Cent. I.

§. 4.

IV. Umgestaltung der Lehre im heutigen Recht.

I. Was vorerst das Verbot der Veräußerung der res litigiosa betrifft, so scheinen die von Justinian bestimmten fiskalischen Strafen in Deutschland niemals angewendet worden zu sein, wenigstens findet sich bei den älteren Schriftstellern, wenn sie auch die Strafen als gesetzliche vortragen, nirgends eine Nachweisung über deren wirkliche Anwendung in der Praxis. Huber und Berger († 1732) bezeugen, daß diese Strafen nicht mehr anwendbar seien.[55])

Sodann nahm man ganz allgemein gegen die sonstige Regel, daß res inter alios acta tertio non nocet, an: die Vollstreckung des gegen den ursprünglich besitzenden Beklagten ergangenen Erkenntnisses könne ohne weiteren Prozeß unmittelbar gegen die, welche ihre Rechte und und den Besitz von dem Beklagten ableiteten, vorgenommen werden. Der Prozeß wurde nehmlich mit Rücksicht auf c. C. de litig. (8, 37) tanquam si nihil factum sit, lite nihilominus peragenda, welche Stelle man früher allgemein auf den besitzenden Beklagten bezog, gegen den Beklagten zu Ende geführt, und wenn der Kläger als Sieger aus dem Prozeß hervorging, so nahm man an, daß derselbe, da ja die inzwischen erfolgte Veräußerung der Sache nichtig sei, **ohne neuen Prozeß** die Voll-

---

obs. 55. verb. „sed et si per confessoriam pro usufructu petatur, res aliqua efficitur litigiosa, cum ususfructus habeat instar proprietatis." Die Glosse zu der Anth. ad l. 1. C. de litigiosa ad voc: dominio hatte schon dasselbe angenommen rücksichtlich der actio confessoria pro usufructu.

55) Ulrici Huberi, Praelectiones furis Romani et hodierni 1700 lib. 44. tit. 6. Nr. 4. „secundum hanc rubricam judicatur, excepta dupli poena."

Henr. de Berger. Oeconomia juris ad usum hodiermun accomodati edit. V. Lips. 1741 pag. 647 uot. 20. „At hodie haec poena tam rigide exigi non solet ut Dd. passim testantur."

streckung des günstigen Urtheiles gegen den dritten Besitzer, sei diese in bösem oder gutem Glauben, verlangen könne.[56])

Nun ging man in der Praxis noch einen Schritt weiter und nahm an, daß die Veräußerung einer res litigiosa durchaus gestattet sei, jedoch ohne Beeinträchtigung des etwa im Lauf des Prozesses siegenden Klägers. Es hing also Alles von dem Ausgange des Prozesses ab; wurde der Kläger mit seiner Klage abgewiesen, so verstand sich von selbst, daß die während des Prozesses von dem Beklagten geschehene Veräußerung von keiner Seite mehr angefochten werden konnte, siegte aber der Kläger, so konnte er ohne weiteren Prozeß die Vollstreckung gegen den dritten Besitzer begehren. Der hier ausgesprochene Satz war eigentlich nur eine consequente Folgerung aus dem in der Praxis bereits feststehenden Satze, daß das Erkenntniß gegen den neuen Erwerber ohne neuen Prozeß vollstreckt werden dürfe. Die Nichtigkeit der Veräußerung war danach eine leere, sie mußte unter den beiden Kontrahenten offenbar als eine gültige erscheinen und konnte nur in ihren Wirkungen den dritten, bereits gegen den Veräußerer aufgetretenen Kläger nicht binden, was

56) Bartolus in Comment. ad 1. 4. C. h. t. et in l. 3. C. de pigronibus (VIII. 14) num. 23. §. secundo casu et num. 25. — Salicetus ibid. in Com. ad Cod. — Covaruvias Practicae quaest. q. 15. num. 7 sqq. — Gail l. c. num. 2. — Peregrinus l. c. num. 27. — Menochius l. c. num 59. — Vultejus Consilia Marpurgensia Vol. III. consil. 22. nr. 112. pag. 236. Vol. IV. pag. 359. 498. — Franzke l. c. num. 95 sqq. — Parladorius l. c. num. 2. — a Sande l. c. nr. 16. 17. — Mevius l. c. — Lauterbach. Colleg. l. c. nr. 17. — Carpzov l. c. 32. def. 22. — Brunnemann l. c. — Voet l. c. — Berger Oecon. jur. l. c. not. 23. — Huber Praelectiones l. c. pos. 4. — Cramer. Observ. juris Tom. II. obs. 491. — Höpfner Commentar. §. 867 nr. 7. S. 656 der Ausgabe von Weber. — Strippelmann a. a. O. S. 420. — Bayer a. a. O. — Heffter, System des Civilprozeßrechtes 2. Ausg. §. 318. S. 401. — Wächter a. a. O. not. 35.

mit den sonstigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen in vollem Einklange steht. Dieser von den Praktikern [57]) unter Anführung von Erkenntnissen ausgesprochene Satz wurde übrigens von dem Reichskammergerichte im vorigen Jahrhundert ausdrücklich anerkannt, so daß an dessen praktischer Gültigkeit in Deutschland wohl kein Zweifel sein kann. Cramer lehrt hierüber, indem er der Ausdrucksweise von Voet ganz wörtlich folgt: [58])

Hodiernis moribus res litigiosa quidem vendi, permutari, obligari et alio modo in alium transferri potest, salvo tamen jure tertii, ita tamen, ut sententia postea in alienantem lata, adversus rei litigiosae possessorem executioni mandari possit.

Als Grund für diese Praxis beruft er sich auf die oben angezogene Stelle aus Parladorius und führt ein Erkenntniß des R. K. G. v. Dec. 1758 an, wonach in S. von Kolst gegen v. Harff in dieser Weise entschieden wurde. Auch bei den obersten Gerichten mehrerer Länder wurde dieser Satz ausdrücklich in der Rechtssprechung adoptirt, namentlich in Celle [59]) und Cassel. [60])

---

57) Wissenbach, Exercitationes ad Pandectas 1673. Disput. 25. lib. 44. nr. 26. pag. 913. — Voet Comment. ad Pand. XLIV. tit. 6. §. 3: Moribus hodiernis res litigiosa sine metu poenae et alienari et obligari et alio quocunque modo in alium transferri potest, salvo tertii jure, sicut lata in alienantem sententia contra rei litigiosae possessorem a reo causam habente, executioni dari possit sine nova lite. — G. Ad. Struvius, Syntagma juris civilis. 1672. Exercitat. 46. lib. 44. tit. 6. thes. 51. — Müller ad Struvium ibid. Tom. III. pag. 464. — Leyser, Meditat. ad Pandectas VII. spec. 518. — Pufendorf. Observat. P. IV. obs. 201., welcher jedoch die Ungültigkeit der Veräußerung noch anerkennt, quando malitiose ad opprimendum adversarium fiat, non si bona fide. — Hommel, Rhapsod. nr. 683. Volum. V. p. 383. Tituli Codicis et Pandectarum de litigiosis totaliter abrogati.

58) Joannis Ulrici de Cramer, Observat. juris universi ex praxi supremorum Imperii tribunalium haustar. Wetzlar, 1761. Obs. 491 pag. 123.

59) Spangenberg in der Fortsetzung von Bülow und Hage-

Die Lehre von dem Verbot der Veräußerung der res litigiosa hat hiernach eine völlige Umgestaltung erfahren; sie ist auf den einfachen Satz zurückgeführt worden, daß auch der Singularsuccessor an das gegen seinen Rechtsvorgänger ergangene Erkenntniß gebunden ist, wenn er die Sache während eines mit seinem auctor anhängigen Rechtsstreites erworben hat; die Sache geht cum suo onere welches ihr durch den anhängigen Prozeß auferlegt worden ist, über, und das rechtskräftige Erkenntniß wird auf den Zeitpunkt des erhobenen Prozesses zurückbezogen. Ebenso erlangt aber auch der Singularsuccessor gegen den Kläger und dessen Rechtsnachfolger seit dem Prozesse die exceptio rei judicatae. Der Singularsuccessor tritt ganz an die Stelle seines Vorgängers. Gewöhnlich wird zwar gelehrt, daß das Urtheil keine rückwirkende Kraft für den Successor habe, wenn dessen Succession früher begründet worden,[61] allein es finden sich ganz bestimmte Quellenzeugnisse, daß allerdings das Erkenntniß in seiner Wirksamkeit auf Singularsuccessoren auch bis auf die Zeit der Litiscontestation zurückbezogen wird.[62] Hier muß jedoch, da der Zeitpunkt der Litigiosität auf die Mittheilung der Klage an den Beklagten zurückgezogen worden ist, dieser Moment entscheiden und jeder von da an dem Beklagten succedirende Besitzer an das erge-

---

mann, Praktische Erörterungen. Hannover 1829. Bd. VIII. Abth. 2. Nr. 9. S. 82. Die ältere Ausführung von Spangenberg im Archiv für civ. Praxis Bd. IX. Nr. 24. von 1826 ist hiernach ungenau und jedenfalls sehr unvollständig, indem sie auf die Praxis der Reichsgerichte gar keine Rücksicht nimmt, und trotz der bestimmtesten gegentheiligen Zeugnisse dennoch die völlige Anwendbarkeit des römischen Rechtes, welches die Veräußerung und Cession einer res litigiosa unbedingt für unwirksam erkläre, behauptet.

60) Strippelmann a. a. O. S. 430 verb., mithin für den Proceßgegner des Veräußerers ohne Wirkung bleiben mußte.

61) v. Savigny. System des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1849. Bd. VI. S. 470. und Note K.

62) fr. 11. §. 9 und 10 D. de except. rei judic. (XLIV, 2).

hende, rechtskräftige Erkenntniß gebunden erscheinen. Die Veräußerung selbst bleibt aber unter den Contrahenten völlig wirksam, es findet die Verbindlichkeit zur Gewährleistung nach den allgemeinen Grundsätzen statt.[63])

Wird nun zu Gunsten des Klägers rechtskräftig entschieden, so kann er die Vollstreckung in die Sache selbst, einerlei, wer dieselbe besitzt, begehren; indessen muß dem neuen Besitzer ebenso wie bei dem Beklagten, wenn er noch besäße, hätte geschehen müssen, vorerst ein Befehl zur Befolgung des rechtskräftigen Erkenntnisses ertheilt werden; bringt derselbe hiergegen Einwendungen vor, so muß über diese summarisch, wie im Executionsverfahren überhaupt, verhandelt und entschieden werden. Es tritt hier ganz dasselbe Verfahren ein, wie wenn sich bei der Wegnahme von Pfändern für Vollstreckung eines Erkenntnisses ein Anstand wegen des Eigenthumes erhebt; dieser soll summarisch entschieden werden, ohne daß dadurch der Ausführung im ordentlichen Rechtswege vorgegriffen wird.[64]) Dem Besitzer darf aber das Vorbringen von Einwendungen nicht gänzlich abgeschnitten werden,[65]) z. B. wenn derselbe trotz der äußerlich erst nach Beginn des Prozesses erfolgten Uebergabe sofort durch öffentliche Ur-

63) Vgl. Hufnagel a. a. O. S. 232. Bei Strippelmann a. a. O. sind diese Grundsätze richtig entwickelt, allein daneben wird doch die falsche Ausdrucksweise gebraucht, daß die Ungültigkeit der Veräußerung noch aus dem römischen Rechte anwendbar sei. Die Veräußerung ist gültig, sie bindet aber den dritten, bereits aufgetretenen Eigenthümer nicht, weil dessen siegreich durchgefochtenes Eigenthumsrecht bereits zur Zeit des begonnenen Proceßes vorhanden war und daher durch die Veräußerung eines Nichteigenthümers nicht geschmälert werden kann. Wäre die Veräußerung total nichtig, dann dürfte auch der Veräußerer selbst die Veräußerung anfechten, was er aber nach der jetzt umgestalteten Lehre in keinem Falle kann. Vgl. Brandis in der Zeitschrift f. Civ. und Proc. Bd. VII. S. 131. nr. 5. v. Vangerow a. a. O. §. 299. S. 630 nr. 1. Sintenis a. a. O. I. S. 333. not. 14.

64) fr. 15. §. 4. D. de re judicata (XLII, 1).

65) a Sande l. c. nr. 18. — Franzke l. c. nr. 98, 99, 100. pag. 177. — Mevius l. c.

funden nachweisen könnte, daß die Veräußerung bereits vor dem Anfange des Rechtsstreites stattgefunden habe.

Durch diese Umgestaltung der ganzen Lehre sind

1) die von Justinian aufgestellten Ausnahmen von seinem Verbote weggefallen; wenn auch die streitige Sache in der Erbschaftstheilung einem der Erben zugetheilt wurde, oder der Beklagte sie während des Prozesses zur dos bestellte, so kann dieß den neuen Erwerber nicht davon befreien, die Rechtskraft des in dem Prozesse gegen seinen auctor ergangenen Erkenntnisses anerkennen zu müssen.

2) der Begriff der res litigiosa muß jetzt ein erweiterter sein. Der Singularsuccessor des Beklagten ist an die Rechtskraft gebunden, weil die Sache selbst als der unmittelbare, in judicium deducirte, Gegenstand des Rechtsstreites erscheint und deren jedesmaliger Besitzer das Schicksal der Sache als solcher anerkennen muß. Dieß gilt aber an sich nicht blos bei der Eigenthumsklage, sondern auch bei allen dinglichen Klagen, ferner bei den possessorischen Klagen und bei den actiones in rem scriptae, da diese sich ebenfalls auf eine individuelle Sache als solche beziehen. Die Praxis ist daher wohl begründet, wenn sie zunächst auch bei der actio confessoria,[66]) wobei sie sich überdieß auf die Reichsgesetze stützen kann, und allgemein bei den dinglichen und possessorischen Klagen annimmt, daß der Singularsuccessor das gegen seinen auctor ergangene Erkenntniß auch für sich anerkennen müsse.[67]) Sie darf, da es sich nicht mehr von einem Verbote und dessen unzulässiger Ausdehnung handelt, ohne Zweifel auch bei den actiones in rem scriptae den von ihr bei der Eigenthumsklage adoptirten Satz anwenden. Sie handelt hierin ganz im Geiste des prätorischen Rechtes, auf dessen

66) Vgl. hierüber Buchholz Recension über Sintenis Praktisches Civilrecht in Richters kritischen Jahrbüchern f. d. Rechtswiss. Bd. X. 1846. S. 408.

67) Bayer a. a. O. Urtheil des O.A.G. zu Darmstadt v. 5. Dec. 1851 zu Nr. 261.

einfache Grundansicht sie eigentlich zurückgekehrt ist und dafür gesorgt hat, ne cujus deterior causa fiat ex alieno facto. Der Prätor nahm aber, wie oben bereits angeführt wurde, nicht blos bei dinglichen, sondern auch bei den actiones in rem scriptae sich des Klägers an, zu dessen Nachtheil der Beklagte eine Veräußerung vorgenommen hatte, sogar wenn dieses vor Einleitung des Prozesses geschehen war.

3) Man ist hiernach auch genöthigt, die Bestimmungen Justinians rücksichtlich der actio hypothecaria nicht mehr als gültig anzunehmen; denn, wenn auch die Veräußerung der verpfändeten Sache durch den Schuldner an sich nicht unzulässig ist, so muß dennoch der neue Erwerber das gegen den ursprünglich besitzenden Pfandschuldner ergangene Erkenntniß ohne weiteres auch für sich als bindend anerkennen. Dieselben sind auch durchaus unverträglich mit den deutsch-rechtlichen Ansichten über die durch Hypotheken zu gewährende Sicherheit, überall ist bei Immobilien die gerichtliche Confirmation erforderlich und kein Richter wird sich für befugt halten, die Veräußerung eines mit der Hypothekklage in Anspruch genommenen Pfandstückes ohne vorausgegangene Befriedigung des Pfandgläubigers zu bestätigen oder wird doch nur unter der Bedingung die Confirmation ertheilen, daß der neue Erwerber den Hypothekgläubiger befriedigt und ganz an die Stelle des Beklagten tritt. [68])

---

68) Wenn auch bei Strippelmann a. a. O. S. 428 sub 5. die Verordnung Justinians in der Nov. 112 rücksichtlich des Gegenstandes der actio hypothecaria noch für anwendbar erklärt wird, so ist doch im Rechtsfalle Nr. 10 S. 440 im Widerspruche hiermit angenommen, daß dieß wegfalle, wenn bereits das Executionsverfahren in die Pfänder eingetreten sei, da in der Nov. dem Schuldner die Veräußerung jederzeit gestattet ist, cui et quando voluerit vendere. — Bei Leyser a. a. O. §. 2 findet sich ein Erkenntniß der Juristen-Fakultät zu Helmstädt von 1721, in welchem bei der Veräußerung unterpfändlich verschriebener Güter angenommen wurde, daß der Käufer schlechterdings an die Stelle des Ver-

4) Bei den Theilungsklagen ist hiernach die Veräußerung nicht mehr für ungültig zu halten, sondern der neu eintretende Theilhaber tritt ganz an die Stelle des ausscheidenden, und die Lage der übrigen darf in keiner Weise dadurch beeinträchtigt werden.

Bei den persönlichen Klagen dagegen muß nach wie vor die Veräußerung der Sache, welche den Gegenstand der Obligation bildet, gestattet sein und der Erwerber ist nicht an das Erkenntniß gebunden, weil die obligatio nicht die Sache, sondern die zu einer Leistung verpflichtete Person ergreift und daher eine Ausdehnung der Rechtskraft auf dritte, nicht obligirte Personen unstatthaft ist.[69]) Indessen muß doch auch hier, nach den von dem Prätor aufgestellten Grundsätzen bei der alienatio judicii mutandi causa facta, und in Bezug auf das, was in fraudem creditorum geschehen ist, sodann mit Rücksicht auf die in integrum restitutio und actio de dolo, unter Umständen eine Rechtshülfe zur Wiederaufhebung von Veräußerungen gewährt werden. Die Execution wird nach dem heutigen Prozesse, auch wenn der Beklagte nur in Folge einer persönlichen Klage zur Herausgabe oder Ueberlieferung einer bestimmten Sache verurtheilt worden ist, durch Ergreifung dieser Sache aus dem Besitze des Beklagten und Ueberlieferung derselben an den Kläger vollzogen. Der Beklagte darf daher die demnächstige Execution nicht vereiteln und dadurch die Rechtskraft des gegen ihn ergangenen Erkenntnisses lähmen, wenn er sich außer Stand befindet, deßhalb dem Kläger Entschädigung zu leisten. Weiß der Erwerber von diesen Verhältnissen, dann nimmt

käufers trete, sich daher allem Dem unterwerfen müsse, was gegen den Letzteren erkannt werden möge, die Execution mithin dereinst ohne Widerrede gegen ihn zu vollstrecken sei.

69) Fr. 3. D. de Obl. et act. (44, 7) pr. J. de oblig. (III, 13) Urtheil des O.A.Ger. zu Darmstadt v. 5. Dez. 1851 und diesem vorausgegangenes Gutachten der Heidelberger Juristenfacultät.

er an der fraus des Veräußerers Theil und muß die unter solchen Umständen erhaltene Sache restituiren, er wird als quasi malae fidei possessor behandelt.[70]) Gilt dieses bei der actio Pauliana, wenn der Schuldner überhaupt von seinem Vermögen veräußert hat, um seine Gläubiger zu benachtheiligen, so muß dieß um so nothwendiger dann der Fall sein, wenn der Schuldner, belangt auf Herausgabe oder Ueberlieferung einer bestimmten Sache, diese veräußert, um die Vollstreckung des demnächstigen Erkenntnisses zu vereiteln, und der Erwerber von dieser Absicht weiß. Es kann daher auch in diesem Falle nicht erforderlich sein, daß gegen den Schuldner der Concurs erkannt worden ist, wenn der Gläubiger nur nachweisen kann, daß er von dem zur Herausgabe oder Ueberlieferung einer bestimmten Sache Verurtheilten auf andere Weise nicht entschädigt zu werden vermag. Nach den Grundsätzen, welche sich über den Arrestprozeß ausgebildet haben, kann es keinem Bedenken unterliegen, daß auch bei persönlichen Klagen der Kläger, woferne Gefahr droht, daß die demnächstige Execution vereitelt werden soll, eine Arrestanlegung impetriren kann, wodurch dasselbe erreicht wird, wie in dem Falle, wo die Gesetze eine res litigiosa als vorhanden annehmen.[71]) Da nun nach einmal begonnenem Prozesse von der einen Parthei nichts vorgenommen werden darf, was von Ein-

---

70) Fr. 1 pr. D. quae in fraudem creditor. (XLII, 8) cum eo, qui fraudem non ignoravit. — Fr. 10, pr. ibid. — Fraudendi caussa sciente te — c. 2. C. de petitione hered. (III. 31) si post motam controversiam Menecratis bonorum partem dimidiam, Musaeus ab herede scripto quaestionis illatae non ignarus comparavit tam ipse quasi malae fidei possessor etc. Fr. 1. D. de alienat. jud. not. c. f. (IV, 7) Fr. 7. §. 1. D. de in integr. restit. (IV, 1).

71) von Langenn und Kori. Erörterungen prakt. Rechtsfragen Thl. II. S. 191. — Bayer Theorie der summarischen Prozesse §. 24. 30. not. 2. S. 75.

fluß auf die Sache und die demnächstige Execution ist, ohne daß es die andere Parthei zu etwaiger Wahrung ihrer Rechte erfährt, so darf ihr auch durch Handlungen hinter ihrem Rücken nicht das Recht zur Arrestanlegung vereitelt werden; geschieht dieß dennoch, so ist sie im Rechtssinne als absens zu betrachten und muß ihr durch Restitution geholfen werden, die nachtheiligen Machinationen zu entfernen. [72])

Bei einzelnen persönlichen Klagen wird dieß besonders einleuchtend erscheinen:

a) Wenn eine Sache mit der condictio furtiva von dem Diebe zurückverlangt wird, der beklagte Dieb veräußert aber dieselbe während des Prozesses oder gar, nachdem er bereits rechtskräftig zu deren Herausgabe an den Kläger verurtheilt worden ist, der Erwerber kennt aber diese Verhältnisse, dann kann zwar nicht das Urtheil, wie bei einer res litigiosa sofort gegen den dritten Besitzer vollstreckt werden, allein der Richter wird, um Restitution gegen die erfolgte Veräußerung angegangen, caussa cognita diese ertheilen und die Sache so behandeln als sei sie nicht aus dem Besitze des beklagten Diebes herausgekommen. Der wissentliche Erwerber erscheint als Begünstiger des Diebstahls, die obligatio zwischen dem Verkäufer und wissentlichen Käufer einer res furtiva ist nulla, [73]) der siegende Kläger kann also durch eine solche Handlung, die während des Prozesses ohne sein Vorwissen vorgenommen wurde, nicht beeinträchtigt und zu einem nochmaligen Prozesse genöthigt werden.

b) Wird eine deponirte Sache mit der actio depositi abverlangt, der Beklagte veräußert aber dieselbe während

---

72) Dafür finden sich im römischen Rechte Analogien fr. 9. pr. fr. 15. §. 28. fr. 44. pr. D. de damno infecto (XXXIX, 2).

73) Fr. 34. §. 3. D. de contrahenda emtione (XVIII, 1). Item si et emtor et venditor scit, furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur.

des Prozesses zum Nachtheile des Klägers, um die demnächstige Execution zu vereiteln, der Erwerber kennt auch diese Absicht, dann wird der Richter ebenfalls diese Veräußerung revociren müssen, besonders wenn der Deponent nicht der Eigenthümer der deponirten Sache war, und daher gegen den Dritten nicht ohne weiteres die Vindication gebrauchen kann. [74]) Nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes liegt hier eine Unterschlagung und Begünstigung derselben vor und der Richter im Strafprozesse soll schon von Amtswegen für Rückgabe der Sache an den Berechtigten sorgen. [75])

c) Das Nehmliche muß bei der actio commodati und mandati gelten.

d) Aber auch bei der actio emti wird man dem Käufer diese Rechtshülfe nicht versagen dürfen, wenn die Veräußerung des erkauften Gegenstandes durch den Verkäufer in der Absicht geschah, um die Vollstreckung des demnächstigen Erkenntnisses zu vereiteln und der Erwerber diese Absicht kennt. Die älteren Praktiker nahmen hier, wenn auch eine res litigiosa nicht vorliege, doch an, daß das in fraudem judicis et executionis judicialis Geschehene keinen Anspruch auf Gültigkeit haben könne, [76])

---

74) Dieß liegt ganz im Geiste des römischen Rechtes, welches die schleunigste Rückgabe der deponirten Sachen an den Deponenten überall zu sichern sucht. Vergl. §. 30. J. de action. (IV. 6) ne — — depositarum rerum quis exactione defraudetur — vergl. fr. 65 D. XLVII, 2. fr. 3. §. 3. D. XLVII, 9.

75) C. C. C. act. 170. 158. Die neueren Strafgesetzbücher definiren die Unterschlagung meist in ähnlicher Fassung, wie z. B. das großherzogl. hessische act. 379. Wer sich eine fremde bewegliche Sache, die ihm zur Bewahrung oder Verwaltung oder in Folge eines andern, die Verbindlichkeit zur Rückgabe oder Ablieferung derselben begründenden Rechtsgeschäftes anvertraut oder übergeben worden ist, in der Absicht, sie dem Eigenthümer oder sonst Berechtigten zu entziehen, widerrechtlich zueignet, macht sich der Unterschlagung schuldig.

76) Covarmavius l. c. nr. 7 pag. 100. a Sande l. c. nr. 19. Codex Fabrianus l. c. def. 5., wo ein Erkenntniß des Savoyer Gerichtshofes v. 4. Dez. 1592 angeführt wird. Mevius l. c. nr. 7.

und man wird ihnen, wenn man nicht eine offenbare Lücke im Rechtssysteme annehmen will, wenigstens in so ferne beipflichten müssen, daß man einer Restitution gegen die nachtheilige Veräußerung caussa cognita zuläßt.

II. In Bezug auf die untersagte Abtretung von Klagen hat sich ebenfalls das Verbot in den Satz umgewandelt, daß die Cession der Klagen **unbeschadet aller Rechte des Beklagten**, wie sie gegen den Kläger bestanden haben würden, gestattet ist. Der Cessionar tritt ganz an die Stelle des Cedenten. Die Praxis war in dieser Beziehung noch unbedenklicher, wie bei Nr. I.[77]), weil sich früher eigentlich gar kein Grund zu dem Verbote erkennen ließ, und jeder Nachtheil dadurch abgewendet wurde, daß man die Rechte des Beklagten durch die Cession völlig unberührt ließ.

Das Ergebniß dieser Untersuchung ist hiernach Folgendes:

1) Das römische Recht ist heutzutage in der Weise umgewandelt, daß der, welcher während eines Prozesses, von Mittheilung der Klage an den Beklagten an, die mit einer dinglichen, oder possessorischen, oder Theilungsklage oder mit einer actio in rem scripta in Anspruch genommene Sache von dem Beklagten auf irgend eine Weise erwirkt, ganz an die Stelle des ursprünglichen Beklagten tritt, also an die Rechtskraft des gegen Diesen ergangenen Urtheiles gebunden ist, ebenso wie ihm daraus die exceptio rei judicatae erworben wird, daß sofort ohne neuen Prozeß, die Execution gegen ihn eingeleitet werden kann und ihm nur die überhaupt in der Executionsin-

77) de **Berger**, Oeconomia juris l. c. not. 22 unter Anführung eines Erkenntnisses der Leipziger Akademie von 1708. — **Leyser**, med. t. l. c. med. 1. Urtheil der Helmstädter Fakultät von 1719. — **Hommel**, Rhapsodia Vol. V. Nr. 683 pag. 383. — **Spangenberg** a. a. O. S. 84 Urtheil des O.A.G. zu Celle v. 8. Sept. 1826. — **Strippelmann** a. a. O. S. 425—427. In Preußen und im Großh. Hessen ist diese Praxis besonders gesetzlich anerkannt.

stanz zulässiger Einreden noch zustehen, einerlei übrigens, ob er von dem Prozesse Kenntniß hatte oder nicht.

2) Bei Cessionen von anhängigen Klagen nach der Litiscontestation tritt der neue Erwerber derselben ganz an die Stelle des ursprünglichen Klägers und die Lage des Beklagten darf hierdurch in keiner Weise eine schlimmere werden.

Bei persönlichen Klagen kann die Veräußerung der mittelbar hierdurch in Anspruch genommenen Sache, unter den geeigneten Voraussetzungen durch richterliche Arrestanlage verhütet, und die ohne Wissen des Klägers vorgenommene Veräußerung durch Ertheilung einer Restitution gegen dieselbe oder einer Revocatorienklage unschädlich gemacht werden.

IV.

Zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besonderen Anwendung auf das Wechselversprechen.

Von

Hrn. Dr. **Robert Römer,**
außerordentlichem Professor in Tübingen.

---

§. 1.

Wenn das Rechtsgeschäft, dessen Abschluß von den Betheiligten beabsichtigt wurde, irgend eines Mangels wegen nichtig ist, so kann es der Fall sein, daß dasselbe äußerlich alle Erfordernisse eines anderen, als des beabsichtigten Rechtsgeschäftes an sich trägt und als dieses andere Rechtsgeschäft wohl bestehen könnte. Wird es nun wirklich als dieses andere Rechtsgeschäft aufrecht erhalten, so nennen es die Neueren: Conversio actus juridici, Verwandlung des ursprünglich beabsichtigten, aber nichtigen Geschäfts in dieses andere, giltige — eine Bezeich-